

## 建築基準法の行政法的特質

荒 秀

### 序

建築基準法は都市政策法、都市整備形成法、土地利用計画規制法等の中の一つとしてその機能・法的特色の検討は重要な課題であるが、本稿は行政法の中で建築基準法がどのような特色を有しているかを概観することを目的とする。なお、本稿は筆者が筑波大学で行った最終講義のメモに若干の補筆を行ったものである。

建築物は日常生活の活動と憩いの場であり、多様な産業・商業活動の基盤でもあり、余暇を楽しむ場でもあり、したがって国民すべてを身近に囲む生活環境としての関係を持つとともに多くの行政分野との関係を必然的に持つ場でもある。すなわち防火・消防、給水、排水、採光・日照と言った衛生、水道事業分野、電気設備、避雷針、昇降機等の技術分野のほか、風俗・旅館等種々の営業に関する多様な建築規制の関係分野があり、また個々の国民の生活環境に関係するから種々の環境担当分野とも関係を持つ。さらに建築物の用途によっては教育や、文化財、古都保存などにも関係する。これらにはそれぞれの規制があり、許可等が必要であればそれぞれの許可や都市計画法上の適合証明書、さらに建築基準法上の例外許可等を得、これらの規制をクリアーしたうえで建築確認を得ることとなる。したがって建築確認は言わば種々の建築規制の扇の要のような、また最終関所のような地位を与えられ、そのため景観問題も、その他の環境問題も果ては原子力発電所からの放射能の危険性のような本来の守備範囲外のものまでこの原子炉設置のための建築確認等の段階で救済が求められるこ

となる。これは法的な許可だけでなく、指導要綱による近隣住民の同意などとも関係をもつ。また建築の為の敷地は当然道路と接しなければならず、また、隣接土地と必然的に接することとなるから敷地の状況やその土地の建築物の用途や、規模、形態の影響を受けかつ与えるという相隣関係をもつ。従って法的には無権限であってもこの事につき建築行政は無関心ではいられない事情もある。この私人間の調整問題は建築基準法と私法との交錯の場でもある。私法上の問題が建築基準法上の行政活動を契機として、場合によってはそれを巧みに意図的に利用して争われることもある。建築確認における私法上の権利関係、道路位置指定と権利者の承諾、私道の公法的制約、民法 234 条と建築基準法 65 条の関係、行政法規の順守と私法の関係（典型的なのが適法建築による日照紛争）、違法建築の無告知譲渡の効力、建築協定等、更には建築確認等から生じた紛争を民事的側面から調整し、間接的にはあるがそれにより建築行政の円滑化を図る建築紛争予防調整制度も幾つかの自治体で用いられている。モーター、パチンコ店等風俗営業を建築段階で阻止するための条例制定の問題もある。また、違反建築や、指導要綱不順守にたいする対抗手段として用いられる給水拒否は水道法と関連し下水道施設の利用拒否は下水道法と関連しこれらはともに自治法とも密接な関連をもつ。また法形式的には自治体が私企業である電気・ガス会社に対して行う違反建築に対する供給拒否の行政指導や、判例において見られるように建築資材搬入のための車両制限令上の手段を利用して行政指導を行うなど、各種の手段を利用して建築行為を止めさせようとするため、多様な法分野と関連をもつこととなる。

このように建築行政は行政法上日常的に生ずるものであるにもかかわらず、従来行政法上の問題としてあまり重視されて来なかったのは不思議なことであるが、最近では例えばジュリスト別冊「行政法の争点」等でも都市計画法と並んで、「建築法」が一項目として取り上げられるようになっただけでなく、行政法の教科書でもしばしば行政法総論の個別的論点の中で取り上げられるようになって来ている。この様な状況の中で従来の伝統的な行政法総論が存続するものとするればいわゆる多様な各論分野からの法理の集積により形成されるものと思われるので、その一助として建築基準法の行政法上の特色を概観すること

とする。

### 1 警察法からの脱皮

建築規制は従来は単純な社会公共の安全、秩序の維持としての消極的秩序維持の警察行政と理解されて来たが、もともと建築基準法のいわゆる集団規定に属するものは都市計画法と密接な関連をもち規制行政の性格をもっていたのであり、さらに進んで現今の生活環境の複雑化に伴い、都市環境の中の建築物という性格づけがなされるに至ったため、積極的な都市形成、いわゆる、「まちづくり」と言う積極行政の一環としての位置を占め環境法と接点をもつに至る。そこに特に集団的規定においては裁量の余地を認めなければ運営できないようになっていると言える。また地価の異常高騰と有効な土地利用の要請からの容積率等の配慮や、一般庶民のささやかなマイホーム建築に対する違反是正措置の運営面で社会的・経済的要素も無視できない。

また、建築基準法は技術として性格づけられて来た。建ぺい率、容積率、道路の幅員、高さ、構造計算、日照値等数値による規制が多く、そのため建築確認は裁量の余地の無いいわゆる講学上の確認行為と理解されてきた。しかし技術法イコール羈束行為とはならず、基準法には都市政策ないしは都市計画と形影相伴う性格の行為が多く取り入れられている。用途地域における例外許可、総合設計、一団地の認定、計画道路の指定など、政策的、裁量的行為も重要な要素をなしている。かかる集団的規定は都市計画法に移すべきであるとする議論がなされる所以である。このように見てくると建築基準法を単純に警察的技術法とは言えないこととなる。これにも関連するが改正が激しいのも一つの特徴と言える。

又先に述べたように建築生活は必然的に相隣の関係をもつから、基準法の中に民事関連規定も存在する。民法 234 条や建築協定、2メートルの接道義務と囲繞地通行権、私道の道路位置指定に伴う私人の承諾とその道路への公法的制限等、私人の権利関係に影響を与えることも少なくない。

## 2 特殊法令用語の採用

まず目につく事は、他の法では余り使われない特殊用語が使用されていることである。建築確認、建築主事とか特定行政庁と言った用語がそれである。

(1) 建築「確認」のような「確認」用語は、他の法で全く用いられない訳ではなく、例えば都市計画法43条1項⑥ロでの宅地確認、国土法12条IV項における土地利用審査会による規制区域指定のための確認並びに同法施行令17条・施行規則21条による事前確認、水道法32・33条による確認申請、飛行機製造事業法における製造確認などがそれである。これらの中で最も建築確認に近いものは水道法における専用水道事業の敷設工事についての確認であるが、水道法は昭和32年の制定であるから、建築基準法を範にしたと思われる。建築基準法の前身である市街地建築物法にはこのような用語はないからおそらくは *licence* とは別に *permits*, などの用語の翻訳として、占領後間もなくの時期に GHQ の影響からかかる用語が用いられたのではないかと推測される。特定行政庁の行う許可との法的性質の相違、あるいは単体、集団規制という機能の相違を明らかにするために、また権限庁の上下、あるいは分配の差を明らかにする目的もあったのであろうか。

(2) 「特定行政庁」なる用語も行政組織法上殆ど使用されない用語と言ってよいであろう。地方自治法上、長は包括的な権限を与えられており、執行機関として個別的権限を与えられている特別なものは自治法上特記されている。これらに該当しない長部局の機関で建築行政という特定の分野に限定された行政庁の権限を持ち、且つ機関委任事務として長に対するのと同じように建設大臣の指揮監督権に服せしめるために設けられた機関用語と思われる。実体は知事あるいは市長と同じことになるのだが、何ゆえ建築行政だけを他の行政分野から分離しかかる機関を設けたのかは明確でないが、戦後の復興を控え、多量の建築数を見越し言わば国家行政組織における外局的な感じで建築行政をつかさどらせる機関を必要と感じた為であろうか。あるいはアメリカ法的な行政委員会の考え方の影響を受けたためであろうか。しかし、それにしても建築行政に

ついでに特殊な制度が取られた経緯は、当時の対日占領政策、並びに当時のGHQの政策執行の調査を待たねばならないであろう。アメリカの用途地域性はゾーニングコミッティが用途地域を決定するとともに例外許可権を与えられているようであるから、自治体の長とは別個の行政機関が権限行使をしていることになり、GHQはこれを我が国の行政組織の中に具体化しようとしたために特定行政庁という概念が設けられたのであろうか。

特定行政庁に具体的に誰になるかと言えば法文上は市町村長又は都道府県知事であるから（2条1項32号）恰も内閣総理大臣と総理府の長としての内閣総理大臣との関係に類したものと言えようか。ここに特定行政庁に対する指揮監督の問題がある。法17条が指揮監督の規定であるが、建設大臣の指揮監督権は建築主事に対してのみで特定行政にたいする指揮監督権の規定は置かれていない。その理由も明確な説明は見当たらないが、主事の確認審査事項権限は規制内容から見ると守られなければならないミニマムな規制であり、かつ技術的な原則的に裁量を許さない行為であるため監督の必要があり上級庁としては能力的に監督可能であるのになぜ、特定行政庁の権限は特定行政庁の裁量に任せられたものが多いこと、9・10条では聴聞制度、11条では市町村議会の同意、22条・51条では都市計画審議会の意見聴取を義務づけていること、42条4項、44条・46条・48条では建築審議会の同意を要件としていること、42条2項の包括指定に議会の条例でなされていること、45条では聴聞を義務づけていること、また70条では議会による条例の存在が前提となっていること等、全てとは言えないが特定行政庁の権限行使の多くについては何らかの他の機関等によるチェックがなされることとなっていること、また特定行政庁は下級機関でなく長であること等がその理由として考えられようか。

(3) 「建築主事」と言う用語も余り利用されないものである。そもそも主事と言う用語は国又は地方公共団体等におかれる職名として用いられているが、地方公共団体では自治法173条の事務吏員の中から補職のかたちで任命するもので、規則、規程で定められている職名とされ（自治法施行規程18条）、自治法別表6では社会福祉主事（社会福祉事業法18、附則V）、指導主事、社会教育主事（社会教育法9条の4）、農地主事（農業委員会等に関する法律施行令

11条の3）、統計主事（統計法10V）の他、建築主事が挙げられており、その他地方職員共済組合、全国知事会、全国市長会の事務局にも置かれている。国においては規則、規程により外務省研究所の研究主事、教務主事、事務主事、税務大学の学務主事、寮務主事、国立学校の分校の長である主事などがあるという（自治用語辞典 自治大学校編による）。しかしこれらは建築主事を除きいわゆる補助機関であり行政庁ではない。また、人事行政の面で、主事一課長、一般職員、参事一部長、理事一局長などの用法もあるようであるが、これらは人事行政の面での用語で、建築主事と言った用法とは異なる。

大臣、自治体の長以外の行政庁には、建築主事のように比較的下級の機関もない訳ではなく、国の場合には労働基準局長や税務署長が挙げられるが、行政組織面での地位の比較からすれば、建築主事は自治体の課長級に止まると言われ、かつ、自治体の機関である建築主事に行政庁としての権限を与えたことは異例のことと思われる。

なお政令で指定する人口25万以上の人口の市において必置とされたのは、市の規模・能力に応じて自治体に権力を譲る趣旨であることにあり、権限委任については類似の規定は見られるが（都市計画法86条）、現在の自治体の能力の向上から見たとき25万の数値が妥当か否か、またこの数に達しない市町村が指導要綱をもった場合の行政指導と県の主事の権限行使との間に起きる不一致・混乱の問題がある。

（4）なお京都市の景観条例は建築基準法上の美観地区を取り込み規定し、同地区内での建築につき単なる行政指導でなく市長の承認を得させることとしている。この承認が如何なる性格のものかはっきりしないが違反者には罰則を科す事としていることから権力的な許可と同じ性格のものと捉えられているようである。恐らく景観事項は建築主事の建築確認の対象事項外なので市長権限としたのであろうが、（用途地域の例外許可の場合には環境問題が判断要素に含められているので）特定行政庁はそこで景観事項を判断審査できるであろう。したがって特定行政庁が自己の権限行使の場合にこの条例の適用をする とも にも、特定行政庁の権限外の建築行為の場合に市長としての承認権を行使するということになるのであろうか。同一人物で特定行政庁と市長の二役をすること

からくる奇妙な現象である。建築主事制度を存続するか否かの問題もあるが、特定行政庁を廃止し長一本に整理し我国の通常の行政組織原理に復帰することも考慮されるべきであろう。建築基準法の三役土俵入りは相撲のように絢爛たるものではなさそうである。

### 3 確認制度における特色

現代行政の一般的特色として活動形式の多様性が挙げられ、後述のごとく建築行政は正にその典型分野と言えるが、その中での基礎的、中心的な建築確認行為制度は種々の点で一般行政手法と異なる特殊性を持つ。

(1) 実定法上数少ない(建築)確認なる行為形式を採用したこと、その法的性質については既に私見は述べているので、最高裁が従来のように機械的一律に所謂準法律行為の行政行為の確認行為とせず確認的行為と呼び、その裁量性については、基本的に裁量性の無い行為と捉らえ、絶対的な羈束行為と捉えなかったことを指摘しておく。

およそ社会公共に害ある虞れある行為の規制については、(1)事前に規制を行わず、行為開始自体は規制せず、違法状態が発生したときに禁止あるいは是正を求める方法、(2)一步進めて届出をさせ監視を容易にする方法、(3)事前に規制し許可を得た場合にのみ当該行為をなし得ることとする方法などがあるが、建築規制については(2)と(3)の中間の道を選んだということが言えよう。建築自由と言っても事前にあまりにも放任できず、といって日々の国民の生活の基礎であるので一応の基準を満たすものの建築行為を認め、完了の段階で検査する2段階方式を取ることとし、建築行為はしばしば計画変更を伴うものでもあること、また確認どうりに建築させることが目的でなく、確認と異なっても最終的に適法な建築物が完成すれば法の目的を達成するのだから建築開始の段階では厳しい必要なく簡易なチェックで十分であるため、届出と許可の間の確認という手段が用いられたのであろう。

(2) 申請を前提とする行政処分に対する応答期間についての立法例としては、なんら定めを置かない場合、あるいは遅滞なくとか、速やかにかとか定める

ことはあっても、明確な確定期限を法定することは数少ない（同じ建築基準法でも例外許可の場合にはかかる期限は定められていない。確認の場合は裁量性のない技術的判断であるから迅速に判断できるのに対して、例外許可の場合には裁量性があるため一律に規定できないと判断したためであろうか）。なお、この期限が絶対的なものでないことについても最高裁は私見と同じ見解を採用した。

なお、この応答期限に関連してであるが、建築確認については短期間が法定されていることから形式的要件充足時を受理と解するのが妥当と思われ、また受理との関連で付言すれば審査請求書の受理も都計法と建基法は相当厳しい短い裁決期間が法定されており独立の事務局を持たず機動性に乏しい審査会を考えると形式的要件が整った段階で受理と解するような特別な考慮が必要と解される。

### (3) 所謂中断手続き

建築基準法は建築計画が関係法令に適合しているか否かについての適合通知、不適合通知の外、申請に対し判断できない場合はその旨の通知（実務上は中断通知と称している）をすべきことを定めているが、これは通常の許認可申請に対する行政側の応答としては類例がないのではないと思われる大きな特色である。なぜ建築確認申請についてかかる特殊な措置が法定されたかについては詳びらかにし得ないが、建築物が人間の諸活動の基礎なので、判断に時間を要し即断できないときにはその旨早く申請人に知らせる必要があること、またそれと関連して応答の期間が法定されていることから行政庁としても一応判断責任を履行した形を取る必要があるためでもあろう。実務上どのような場合に使われているかも定かではないが、例えば新建材が建設大臣の告示に適合したものが解らないときに照会する場合にその回答を受ける時間が必要であるときとか、法48条の例外許可が必要な確認申請の場合に例外許可を受けるまでの間応答を猶予する必要がある場合、あるいは行政指導により適合通知を留保する場合などに用いられているようである（この実態調査も十分に行われていないようであるが必要である）。中断通知と呼ばれる理由は、その通知をすると、法定の7日あるいは21日の応答期限が中断するということにあるようであ



る。そもそも法令上は単に判断ができない旨の通知をする旨を定めているに止まり、時効中断のように7日ないし21日の期間経過がそこでご破算になり、中断事由が終了したときからまた始まるという民法157条のような規定はなんら置かれていない。また何時中断事由が終了したか否かについては申請人は全く闇に置き捨てられ、中断通知後の状況については申請人側は知るべき術を与えられておらず一方通行の様である。これに対処する手続規定の整備がなされるべきであろう。中断通知をすれば一応法定期間の義務である処分を履行したことになるから一応不作為違法争訟の「相当の期間」の義務違反にはならないであろうが、その中断通知が正当な理由を有するか否かで問題が生ずればその違法性については争いの対象となろう。なお行政指導のため確認留保する場合にもこの中断通知を発しているようであるが（元来、中断通知はかかる場合に用いられることを予測していなかったと思われるが）、この中断通知を発していれば、法的に応答義務として予定された一つの処分をした訳であるから不作為にはならない訳である。しかし現実の争訟では中断通知を発している場合でも、適合通知を出さないという意味であろうか不作為の審査請求あるいは訴訟として扱っているようである。正確には中断通知の違法取り消しという形で争うのが筋なのではなかろうか。不作為争訟が成り立つのは、適合、不適合、中断のいずれの処分もなされない場合か中断事由が消滅した場合であろう。

#### (4) いわゆる机上確認

一般的に建築確認は机上確認と言われているが、このような用語も特殊であろう。これは私法上の権利関係の調査確認その他建築物の外形的周囲状況の正否を建築主事の権限とするにはあまりにも負担が重すぎることとなり、またそれを行うべき法的権限や手段も与えられていないこと、又、法的にも明文で確認は申請者が提出した「建築計画」の関係法令への適合性だから提出された書面によってのみ審査するとされているので、それ以外のことは主事の守備範囲外と解釈されていた。建築主事の資格試験の際にもかかる事項についての能力の有無は試験対象には含まれていない。元来建築予定地の所有権を申請者が有しているか否かを有権的に判断することは司法権の権限であり、かかる権限を主事が持たないことは明らかなが、道路状況や空地の存在のような有形的、外

形的状況がどうなっているかは判断できない訳でないばかりでなく調査が不可欠な場合もある訳で(42条2項道路の場合等), その不合理性が指摘されるに従い判断対象とする方向に向かっており, 現今は余り机上確認という言葉も用いられなくなっている。しかし, どの事項につき現地調査すべきかいなかについては明確でないので今後の整理が待たれる。確認申請書類から, あるいは既になされた近隣の確認状況等から疑問を抱いた場合には現場に赴き実態を調査することを違法視することは妥当ではないであろう。場合によっては単に調査できるというだけでなく調査の義務が有ると言える場合も生じてくるのではないと思われる。42条2項道路等の判定に当たって道路の幅員や, 現に建築物が立ち並んでいるか, いたかの判断は現場を検証しなければ判断の仕様がなないと言える。

#### (5) 確認・完了検査と措置命令の根拠法令の相異

建築確認というのは建築計画が建築基準法に限らず広く建築物の敷地, 構造, 建築設備に関する法令への適合性を審査するものである。工事完了検査についても同じ法令で行うが, 措置命令を発する場合は法令の規定の仕方が異なり, その判断根拠規定は建築基準法に限定されている。このような確認と, 是正・措置命令の基準・根拠規定が異なることも特殊な点であろう。何ゆえにかかる立法を行ったかについてはつまびらかでないが, 忖度するに確認の際には基準法だけでなく間口を広め審査するが, 是正などの措置命令のときには本来の守備範囲権限である建築基準法内にその行使を止めるというのであろう。

なお, この確認対象法令自体が明確でないことも一つの特色と言えよう。これは先に述べた特質である建築物・建築行為が多く他の行政分野と関連している事によるもので, 建設省もその明確化に努力しているがなお明確でない点がない訳ではない。

#### (6) 理由付記

不適合, 中断通知の場合に明文で理由付記を義務づけている。最高裁が明文で義務づけ規定あるときのみ違法性の問題が生ずるとする立場に立つとすれば, この規定の存在は重要な意味をもつ。建築行政につき特に付記義務を規定したのは建築行為の国民生活に与える影響の重大性にある。適合通知につい

## 建築基準法の行政法的特質

ては確認申請者にとっては理由付記は必要ないであろうが、環境関係事件については近隣者訴訟がむしろ多いことから、近隣者に密接に関係するときは理由開示制度を考慮する余地がある。

### (7) 各種行為の裁量性についての問題

本法の施行に伴い行われる行為には裁量行為とされているものが多い。例外許可や総合設計の許可、違反行為に対する措置命令や代執行を行うか否かの判断などがそれである。本法が施行されてから40年の多くの事例が全国の特定行政庁により処理されているにもかかわらずこれらについての内部基準が整理公表されていないことは極めて遺憾である。担当官が交替すると今までの処理例は忘れ去られ、新任の担当官は新規にスタートするような傾向がないとは言えないようである。同一2項道路をめぐる主事が異なる判断を出す事はあってはならないことであるが、これがしばしばで珍しくない一因もここにあると言えそうであるが、多くの裁量行為について単に裁量行為というだけで争訟チェックから免責されることは現代では許されないことで、裁量の自己統制あるいは行政手続統制として、また条理上の平等公平の原則の保障から内部基準の設定が、行政に課されていると言えよう。そもそも技術的、専門的事項について立法府が行政府に裁量権を与えたのは立法府が立法するまでの瀬踏み行為を行政府に暫く与えたと言う一面もあるのである。内部基準が策定できる状況にあるのに行政側の過怠による不作為から策定をしなければこれも裁量権の乱用に当たると言えないこともないのではないか。特に建築完了後の訴えの利益を否定する理由として確認・許可を取り消しても是正命令と直接連動しないこと、それは是正命令が裁量行為だからと言うことにある。このような裁判を受ける権利の否定につながるものが何らの基準なしに行われることも大いに疑問とされなければならないであろう。また、違反度の最も強い無確認建築行為に対する是正措置を採るか否かも裁量行為とされているが、無確認という手続面だけでなく、実体的にも違反度がいくら強度でも特定行政庁が腰を上げなければ、住民に規制申し立て権が認められない限り、たとえ近隣住民がいかなる利益侵害を受けても防衛できないこととなる。

#### 4 特殊な活動形式の採用と関係機関の多様性

確認、許可、認可、指定（2年以内に事業施行が予定される計画道路、壁面線の指定、私道の位置指定等）、建設大臣の告示、建築審査会や消防長の同意、完了検査、都市計画の中への許可制度の採用（横浜市の高度地区における例外許可）、指導要綱（法律による行政の例外としての特色、行政指導の中での指導要綱の特殊性）、協定、1団地の認定など多様であることも一つの特色であるが、その中での確認以外の若干の問題点を述べる。

##### (1) みなし道路（包括指定、個別指定）

法42条はいわゆる「みなし道路」を定めている。これは周知のように本法制定当時、法の要求する道路の4メートル幅員未満の道路が多いことから、違法状態を救済し、爾後の適法状態実現のための便法として、4メートル未満の既存の道路のうち一定の要件を備えるものを本法上の道路と看做したもので既得権保護を含む一種の経過規定と言える。これには法文上は明確ではないで、個別的・具体的に道路を判断し、要件を満たしたものに付き起点、終点、幅員を告示する方法により道路と見なす方法（個別指定と呼んでいる。これに関する判例がある）と、最も一般的に取られた方法である包括的指定と呼ばれるものがある。これは指定要件を概括的抽象的に法律で定め、これに該当するものを建築基準法の道路と看做す旨を定めた条例を公布する方法でこれに該当する道路は2項道路と指定されたものとする訳である。本法が予定した4m未満の道路が無数にある当時の状況からかかる便法は立法手段としては極めて優れた方法であり、あまり類例がないと言える。ただ現在に至るまで多くの識者は指摘していたのであるが、要件の一つである法適用の際「現に建築物が立ち並んでいる」たかどうか、当時の幅員の判断認定は極めて困難になっている。立法としては優れていたがこれはあくまでも緊急的手段であったのであるから、その後の個別的調査の追跡、手当を怠ったツケの支払いに苦慮していると言える。それはともかくとして、この条例公布はあくまでも立法行為であり一般的な意味では行政処分には該当しないものと言わねばならない。というのはこれが具体的に認定適用されるのは当該道路を前面道路として確認申請が提出されたとき

の処分と言うことになる。このような措置は極めてまれであろうと思われるが、同一の道路についての確認申請がある主事は2項道路として扱い、他の主事は2項道路として扱わないという事態が生じている。確認申請書類の保存期間が比較的短いことにもよるが、これについての記録は重大であるから永久保存にすべきであったし、整備が望まれる。

(2) 特定行政庁の計画道路の指定

法42条1項4号は都市計画法などによる新設又は変更の事業計画のある道路については、2年以内にその事業が執行される予定のものとして特定行政庁が指定したものを道路として扱うものとしている。この事業施行については本来の権限庁が道路の完成の予定・見通しをなし得るのであって、建築についての行政庁である特定行政庁は本来権限を持たないのであるが、この指定に関する権限が与えられている。そもそも本法には例えば、法48条の例外許可のようなスポット都市計画とか、特定街区と実質的には同じでかつ現実に特定街区より利用されまた特定街区より緩和される場合もあると言われる総合設計制度など都市計画と密接な関係をもつ事項が特定行政庁の権限とされているが、都市計画事業道路の場合には簡易な建築物しか建築できないこともあるので、事業が何時完成するかどうかの一応の判断権を特定行政庁に与えたのであろう。しかし本来は計画・事業施行行政庁の権限であるから、特に都市計画サイドとの連携を密にすることが必要で、そのため通達で、指定に当たっては都市計画審議会と協議し、十分確実性のあるものに限定すべきものとされている（昭和25・12・12住指発700号）。立法論としてはこの協議を明文で定めるべきか、都市計画審議会の同意要件とすること、都市計画法に特定行政庁への委任規定を設けることなどが考えられよう。なおこの指定は特定行政庁の職権によるもので、法は住民側に申請権を与えていないが、住民の申請権や、この指定の取り消し、指定後長期間事業が行われなかった場合の失効、撤回、補償等の問題が生じ得よう。

なおこのほか建築基準法上の指定には壁面線の指定があり、最高裁はこれを対物処分と捉えているが、これは区画整理事業計画における青字写真判決で取られた特定性の否定に対する変更と見る事ができるのではないかと思われる。

### (3) 同 意

確認の場合には消防長の、例外許可の場合には建築審査会の同意が必要とされて居るが、前者の同意は主事の判断決定の内部手続きの一つとされて居るのに対して、後者の同意は確認行為とは別個のものとされて居る。この後者の同意権限の行使は確認申請がなされたすべての事件について行われるのか、あるいは特定行政庁がまず初めに審査して許可に値すると判断した事件についてのみ付議されるのか、48条の条文だけでは必ずしも明確でない。しかし、法48条9項は特定行政庁が、申請された事案につき「許可する場合」、「あらかじめ」審査会の同意を得ることが要件づけられていることから、すべての申請事件について同意が求められる訳でないとして扱われている。都市計画法34条1項10号における開発審査会の審議は明文上も「同意」でなく「議を経」る事とされており、また「許可をする場合」という文言もないが、実務上は両者に余り区別をつけずに運営されているようである。「許可しようとするとき」でなく、単に「許可する場合」と言う表現をどのように取るかであるが、後者の場合は行政側の意思動向がほぼ決まった場合にも、また全く白紙で許可するか否かの時点にも解釈することができる。しかし、法は特定行政庁が本来の権限を有する第一次的行政庁であることを予定していると思われるので審査会は特定行政庁がその権限を前向きに積極的行使をしようとした段階で専門的知識により審査するという趣旨と捉らえることができよう。建築例外許可の場合は都市計画で決定されたものを本来都市計画権限をもたぬ特定行政庁に権限を与えたため要件を厳格化したと思われるが、より明確な立法が望まれる。

### (4) 活動機関の多様性

条例を含む法令上明文で定められているものだけでも、建設大臣、建築主事、建築監視員、特定行政庁、知事、市町村長、都道府県、市町村、地方公共団体、市町村議会、収用委員会、都市計画審議会、消防長、消防署長、保健所長、都道府県・市町村の吏員、建築審査会等、一級、二級、木造建築士、建築協定における関係住民、建築紛争予防調停委員会などがあり、そのほか法令外のもので、例えば道路上建築物の許可の場合については道路管理者や警察と、病院建築については衛生関係部局と言った具合に、協議すべき関連部局を

多く持ち、そのほか安全基準などについて重要な影響力をもつ建築学会の如き機関も事実上影響力を持つ。のみならず、武蔵野市マンション事件に見るごとく確認権限なき自治体も建築指導要綱を持ち行政指導をすることとなっており、そこから混乱を生ずることもある。宅地開発指導要綱上住民同意を規定している所も多い。また実務上確認申請を市町村経由とした結果、住民の抵抗などによりその申請が建築主事にまで到達せず、市町村段階でストップし、かかる場合の争訟をいかにするかにつき混乱が生ずることもある。

## 5 条 例

一般的に建築行政は機関委任事務と理解されているから自治体が条例を定め得るのは法律により委任規定ある場合に限られる。その明文規定としては39, 40, 41, 43, 50, 68, 68の2, 69, 83条がある。これらの中で特殊なものとしては41条が挙げられよう。すなわち一般的には、条例は法律の規制が不十分なときにこれを補うために定められるが、41条は逆に法律が市町村の具体的事情に応じて緩和してよいときには特定の条項に限ってではあるが、地方の特殊性が認められることとなって居る。これも一つの特殊性であるが、さらにこの場合の手続的特色として建設大臣の承認を要件として居ることを上げることができる。これは機関委任事務からくる特殊な理由によるものと思われる（このほか伝統的建造物群保存地区内の制限緩和条例も同じ。85条の2。なお自治法3条3項のような場合もある。）が、政令で条例にゆだねている場合もある。例えば地下街に関する規制の政令128条の3がそれである。

42条の看做し道路についての包括指定条例は法42条2項を受けた処分と言うべきものであるが、それは具体的に個々の道路について行われるのではなく抽象的・一般的に行われ、処分が具体化するのは個々の確認処分の時に具体化する事については前に触れた。

条例の制定方式として、先の2項道路の条例や、建築協定条例、日影規制条例等事項毎に個別的に条例を制定する方式と、建築基準法施行条例とか建築基準安全条例と言う形で包括的に制定する場合があり、制定時の他条例・規則と

の関連から、又自治体の事情で異なるようである。

建築に関する条例については、機関委任事務であることから、委任事務に関するものに限られると解されているが、その範囲を超えられると思われるラブホテル建築規制、パチンコ店建築規制、景観保全・形成のための規制など良好な都市環境維持のための条例が続々と制定されていることも注目すべきことである。これらの多くはその規制手段を行政指導に求めているので直接条例制定権の問題に抵触しないものが多いと言えようが、飯盛町の旅館規制条例は周知のように違法とされた。交野市パチンコ店建築規制条例は関係部局の説明によると権力的手段としての市長の同意権限を規定したと言われている。

また高齢化時代の到来と身体障害者のノーマライゼーションの要請に応じて、神奈川県では公共施設あるいは不特定多数のものの利用する建築物につき特別な基準を条例で定めたが、従来の一般的な解釈からは「その地方の気候もしくは風土の特殊性又は特殊建築物の用途もしくは規模に」基づく条例とは言えない。これを容認するには、法が制定された時代の一般正常人の利用のみを前提とした建築物の概念が現在は根本的に変更され、高齢者・身体障害者を基本にした建築物が基準法の言う建築物であるという認識が一般国民により承認されているという事実の存在が必要であろう。これを更に総合設計の緩和にも用いるようになって来ているが、これらは建築物の安全、防火、衛生を目的とした本法乃至40条、41条などの本来の趣旨とは異なる（文化財建築物なども総合設計に含めようとしているが、本来の趣旨からは外れたものと言えよう。いずれにせよ総合設計の問題は根本的に再検討すべき時期に来ている）。

また、40条、41条の条例制定権の委任の相手方は「地方公共団体」とか「市町村」と定めるのみで「特定行政庁」や「建築主事」を置く「地方公共団体」とか「市町村」となっていないから、建築確認や例外許可という行政権限をもたぬ自治体が立法権限を委任されていることになる。したがってこの場合には基準設定行為の委任のみがなされていると言える。そしてこの場合に特定行政庁の意見聴取の規定はおかれていない。

問題は委任条例としてではなく、自治体の存在理由に基づく住民の安全・健康を守るための固有の事務として権力手段による建築規制を条例で定めること



## 建築基準法の行政法的特質

ができないかの問題がある。山梨県の清里村で景観条例不履行を理由になされた建築確認留保の不作為を違法とする判決が報ぜられたが、建築基準法の建築確認の審査対象事項に景観要素は含まれていないこと、また景観の内容が現在の所は極めて主観的で法的基準として一般的に定めることは困難なことから、行政指導としては別として許可等の権力的規制を条例に盛り込むことが司法府により受け入れられるにはなお時間を必要とするのではないと思われる。

### 6 機関委任事務としての特色

建築基準法はこの法に基づく建築行政を基本的に国の事務としているようである。法は建設大臣を建築行政の最高の責任者として位置付け、その指揮監督権を17条で予定しており、また地方自治法別表3の121、及び別表50（機関委任事務の例示規定）で建築基準法の規定を挙げている。また従来の扱いから見て機関委任事務と解するのが一般的である。ただ法17条では建築主事の行為だけを監督対象として定めて特定行政庁を除いていること、また条例違反を除いていること、さらに先の自治法別表で建築確認のような基準法上重要な行為を明示していないこと等明確でない点がある。しかし、直接国自体が執行せず機関委任事務としてではあるが自治体の特定行政庁・建築主事に権限を与えたこと、自治体に前述の条例制定権を認めたこと、また法17条によれば建設大臣の監督権はこの法律又は「これに基づく命令」に限られており、条例違反、過怠については除かれていること等、地方自治を尊重する配慮を見せている。また建築協定制度や例外許可における利害関係者による公開の聴聞、別に述べたように下命行為に先立った相手方に対する通知と聴聞請求権の付与等から関係住民の自主的意思を反映する配慮が見られるが、建築行政が建築物の敷地、構造、建築設備だけでなくそこに生活している住民に直接影響を与える都市環境のアメニティを含めて捉らえられるようになりつつある現在、当該自治体の住民の意志により行うことが妥当であり、機関委任事務というよりは自治事務としての性格を持たされつつあるとも言える。

しかし、地方自治法の改正により旧146条が削除されこれに代わり151条の

2により従来の職務執行命令訴訟が改正された。これに伴い、自治法附則5条は建築基準法17条から旧4・5項を削除する改正規定が入れられたのであるが、旧法によると知事に法令違反又は懈怠あるときは建設大臣は旧自治法146条により命令し裁判所の裁判の請求をすることができることになっており、また建築主事を置く市町村の長が法令違反・懈怠あるときは知事は命令、裁判の請求のほか、さらに裁判所による不履行の確認を得て代行をなし得ることが定められていた。建設大臣の知事に対する場合と、知事の市町村長に対する場合とで若干異なる規定が置かれていたのであるが、知事に対しては自治の尊重から代行権を認めず、また、いずれの場合も不履行であっても罷免権や2年間の公職禁止の規定などは適用されなかった。この建築行政での職務執行命令訴訟の特別な取り扱いは、建築基準法の一特色であった。しかし、平成3年の自治法の改正により廃止された旧146条に代わった151条の2は大臣の命令に従わないときは当該事項を行うことを命ずる旨の裁判を請求し、知事がこれに従わないときは大臣に代行権を認め知事罷免の制度を廃止し、市町村長の場合もこれに準ずることとした。そしてその15項は他の法律中これらに相当する規定あるときは適用しない旨定めたが、前記の如く建築基準法17条から旧4・5項が削除されたので職務執行命令に関しては一般法である自治法の規定によることとなった。

## 7 手続上の特殊性

### (1) 申請手続の特殊性

法は確認申請は建築主事に提出されることにしているが、県によっては規則で建築主事を置かない市町村の場合には当該市町村を経由して申請させることにしているものもある。このような措置を規則で定め得るのか、この段階で申請が種々の理由からその市町村でストップされた場合の不作为性に関連した諸問題が生じている。他の行政分野での手続との比較も必要であろう。

条例を含む他法令による建築規制（景観条例，旅館・風俗食堂，パチンコ・ラブホテル建築規制等）による許可申請手続きとの関係については別に述べた）

と関連して、法は都市計画法上の適合証明書、並びに流通業務法による証明書の添付を受理要件としているが、なぜこの2つに限定して関係規定を設けて、他の類似の行為については放置したのか不明である。許認可関係の複雑な事務処理の統合化、集約化として有効であるため、範囲をより広げるべきものと思われる。

## (2) 同 意

消防長などの行政機関の同意を定めているが、確認期限が極めて短い事もある。実務上申請人にこの同意を取らせてから申請を行わせている自治体もある。このようなことから消防長の同意自体に対して抗告訴訟を提起することが生じうる。本法上の同意はその他建築審査会の同意、建築協定における関係住民の同意があるが別に触れる。

## (3) 聴 聞

是正・措置命令のときの相手方への事前聴聞請求権の付与については別に触れたので、例外許可の場合の聴聞につき触れる。法48条の例外許可の場合の聴聞の仕方は法には特に規定がないので自治体に任かされており、一様でない。一定距離以内の関係権利者に通知を出し聴聞会を知らせている自治体もあれば、単に公報で知らせるだけのところもある。公報だけで知らせる場合は、実際出席者はあまり多くないのが現実である。関係権利者個々の通知まで行わなくても、近隣に掲示板などで知らせる方法などが考えられる。聴聞記録は行政側のみにより作成され、関係住民によるチェックは全くなされない、48条の場合はこのまま建築審査会の判断資料として提出されることとなるが行政手続の観点から何らかのチェックが必要とされよう。

## 8 下命行為の特殊性

違反行為に対して建築主、工事の請負人もしくは現場管理者、もしくは建築物・敷地の所有者・管理者・占有者にたいし工事の停止、除却・移転・改築・増築・修繕・模様替え・使用禁止・使用制限等の是正措置を命じ得ることとなっているが、それにはあらかじめその命じようとする措置及びその事由を記載

した通知書を交付し、公開の聴聞を請求することができることとし、この請求があれば公開の聴聞を行うこととなっている（法9条Ⅰ―Ⅳ）。聴聞を行うか否かは行政側の裁量にかからしめられている訳でなく、義務的である。一般の下命規定の中での行政手続規定としては国民を配慮した特殊のものと言えよう。また聴聞は公開であらねばならず、代理者の出頭、証人の出席、自己に有利な証拠の提出等に関する比較的詳細な規定を置いているのも特色と言えよう。

## 9 代執行要件の緩和

代替的作為命令の不履行にたいしては代執行をなし得るが、曾ては代執行の一般法である行政代執行法的手段によっていたが、その要件が厳しいため違反行為を是正できないために建築基準法自身の中に緩和規定を設けることとなった。これも一つの特色である。すなわち、他の手段によってはその履行が確保されない場合、並びに違反行為を放置することが著しく公益に反すると言う2要件を除き、不履行であるとき、履行しても不十分なとき、履行期限までに完了する見込が無いと言う要件を充足すれば代執行をなし得ることとした。また、下命の相手方を確知しえない場合で、違反行為を放置し得ない場合には一定の手続きを経て特定行政庁は相手方の負担においてその措置を自ら行い、又はその命じた者もしくは委任した者に行わせることができる（法9条11項）旨の規定を置いているのも一つの特色と言えよう。また本制度が抜かれざる伝家の宝刀であることも一つの特色となしえよう。

## 10 建築協定制度の採用

これについては既に単純な private legislation か、行政的な性格を有するものかについての考え方の対立があるが、それは別として、かかる関係住民自らの意志による都市作りの手法―住民参加方式―を昭和25年に採用したことは特筆に値することである。これを範にしたものには昭和43年に制定された都市緑地保全法の緑化協定があるのみであるが、多くの法外協定が締結されてい

ることは言うまでもない。全員同意制が実現を困難にしている。財産権保護のため全員同意制を採用していると言われるが、区画整理・再開発事業も等しく財産権に著しい影響を与えるが2/3の同意で行っているのと比較するとバランスを欠く。

## 11 既存不適格制度の採用・経過規定の法定

法令等の改正により既存の法的状態をどのように扱うかはいわゆる既得権・信頼の保護と、公益上の必要性の度合いとの関係の問題であるが、一般的には法令不遡及の原則が適用される事は言うまでもない。本法はいわゆる既存不適格建築物と呼ばれる制度を定め（法3条Ⅱ）、既に建築された建築物については原則的に新法は適用しない旨の明文規定をおいている。立法例としてはかかる規定を特におかず、あるいはにおいても附則に置く例が多いが、本法は本文に経過規定を設けた。これは詳細な例外規定である第三項を置く必要があった為からかもしれない。其の第三項であるが、かかる例外規定を明文化したことが制限的列記の意味なのか否かが問われるが、現在の建築様式、技術、都市環境の変動の激しさと安全確保の必要性の要請から見ると、制限的列記と言えないのが現実であろう。すなわち遡及適用が要求されることが多い分野であろう。

## 12 争訟面での特色

### (1) 審査法上の特色

(a) 審査前置主義の採用 行政事件訴訟法はいわゆる訴願前置主義を廃止し原則的に直ちに訴訟の提起をなし得ることとしたが、周知のように ア 大量的に訴訟が提起されることが予期されるような処分で統一的処理が必要とされるものや、イ 専門的・技術的性格を有する処分、ウ 第三者機関が審査することとなっている処分については審査請求を経なければ訴訟の提起ができないこととされているが、基準法はイとウを根拠にしてこの前置主義を採用したといえようか。と言うのは大量に訴訟が提起されているとも言えない事、第三者

機関の審査であること、建築という裁判官にとっては専門的、技術的なものからである。ただ、その採用に合理性があっても迅速円滑に運営されなければ、建築物の建築が完了してしまえば争う利益無しと言う最高裁の判決により、争訟を長く延ばせば違法性についての実体的判断の機会を失わせることになる。そもそも他の行政分野に比し審査前置を必要とするかどうかとも再検討する必要があるし、また、後述のごとく特に建築完了の場合の訴えの利益の喪失との関係からこの審査前置の制度は執行停止制度の適切な運営と共に検討されるべき問題である。

(b) 口頭審理主義の採用 行政不服審査法は行政庁が必要と認めた時に口頭審問をなし得る訴願法の制度を改め、審査請求人並びに参加人に口頭で意見を述べる機会を求める権利を認め、この申し立てがあったときは審査庁はその機会を与えねばならないとした。しかし請求人等からの請求がなければ口頭審問は行われない訳であるが、建築基準法は審査請求人等の請求の有無にかかわらず必ず口頭審査を行わなければならないとする特別規定を置いている。必要的口頭審査と呼ばれる所以である。本法94条3項は、「あらかじめ、審査請求人、特定行政庁、建築主事、建築監視人、その他の関係人又はこれらのものの代理人の出頭を求めて、公開による口頭審査を行わなければならない」と定め、公開であること、また、出頭を求めうる者として審査請求人以外に建築主事、特定行政庁、建築監視員という処分庁及びその関係者を予定していることは、対審構造を予定していると思われるが、民事訴訟法 294 条のような規定はおかれていないから請求人・処分庁相互の交互尋問までは予定されていない。実務上でも双方の主張は審査会長を経由して行われているが、時に当事者でやり取りが展開されるときも絶無ではない。なお一般的には一件一時間程度を予定して行われ、二回以上の継続審査は極めて稀で、審査会が釈明を必要とする主張・反論が残されたときは書面でやりとりする方式が取られているようである。

(c) 裁決期間の法定 行政不服審査法は裁決期間について特に制限規定を設けていない。これに対して建築基準法は94条2項で「審査請求を受理した日から一カ月以内」と厳しく法定している。類似の規定としては都市計画法におけ

る開発審査会の裁決について2カ月と言うのが見られるが(同法50条2項), そのほかにはあまり見かけられない。これも建築行為が生活の基盤という認識による特殊立法であろう。しかしこの制限規定は現実には不可能と言える制限規定であり, 東京都の場合の平均は約6カ月である。したがってこれを改正すべきとする意見もあるが, 訓示・努力規定と解釈し運営すればよいであろう。争訟規範における期間の定めを訓示規定と解釈できないというのであれば改正しなければならないが, 正式の争訟でなく略式の争訟であることから許されないであろうか。不可能だからと言ってそれを当然のこととして, 法が短い期間を定めた趣旨を軽視して審理の促進を怠るようなことは許されない。神奈川県はできるだけ1カ月以内に裁決をするよう努力している。このように自治体により異なるが要は拙速にわたらない程度に1カ月の期間に抱束されないということである。しかし, ここにこの1カ月の期間をできるだけ守る必要性が建築完了による訴えの利益消滅の最高裁の判決から生じて来た。処分庁が弁明書を故意に遅らせても, 現在の不服審査法では時機に遅れた攻撃防御方法として処分庁を負けさせるという方法が明記されていない(制裁規定の明文化必要)。実務上一定期間を定めて審査会が弁明書の提出を命じているが, その期間までに相当な理由なく弁明書の提出なきときには処分庁に不利に働くようにすることは, かかる争訟手続における一般原則であるが, そのようになかなか扱えず逡巡するのが現在の実務とってよいであろう。これには明文規定がないことも一因となっていると思われる。請求人のほうが遅滞するのは自業自得と言えるが, 深い知識なく遅滞する場合もありえよう。いずれにせよ, かかる手続き規定の整理, 明文化が必要である。

(d) 審査対象の特殊性 不服審査法1条は「違法」だけでなく「不当」も審査対象とされているのであるが, これは上級機関が審査機関であるときは裁判所と異なり監督権の行使として裁量行為についても裁断をなし得るからであるが, 建築審査会が, 処分庁の上級監督機関としてでなく公正な第三者機関としての裁判所的な準司法的機関であれば不当については裁判所と同じように踰越・乱用についての判断のみで当・不当については判断権をもたないのではないかと言う問題がある。例外許可や総合設計, 42条1項4号の「2年以内に事業

執行される予定」か否か等の特定行政庁の判断，あるいは建築主事の判断でも43条の「安全上支障がない」か否か等の裁量判断について問題となろう。

また不作為についての判断で一般的な行政庁と異なる法的措置が取られている。すなわち不服審査法は異議申し立て又は当該不作為庁の直近上級庁のいずれかに対してなし得ることとなっているが，本法は建築審査会に対してのみ審査請求をなし得ることとしている。また不服審査法は不作為の審査請求に理由があるときは，審査庁は当該不作為に対して速やかに申請に対するなんらかの行為をすべきことを命ずるとともに裁決でその旨を宣言すると定めているが(51Ⅲ)，建築審査会が第三者機関であれば違法確認に止まるべきではないかの問題があろう。

(e) 再審査請求 不服審査法8条は「処分についての」審査請求の裁決に不服ある者に再審査請求権を与えているが，建築基準法95条は単に「建築審査会の裁決に不服がある者」と定め，「処分についての」の語が省かれている。これをどのように理解すべきか。相違なきものと捉らえるか，ありとすればどのように理解するのが妥当かが問題となる。

### 13 建築審査会の性質

ところで前述のごとく審査会は準司法機関と言われることから裁決においても特殊な考慮を必要とされることがあるが，ここで審査会全体の特色を概観してみよう。審査会は同意権（開発審査会が付議権を与えられているのとは異なる），審査請求における裁決権，並びに建議権（開発審査会には与えられていない）が与えられているが，これが行政委員会か，付属機関か，諮問機関か，参与機関か，準司法機関か等が論ぜられている。これらの問題に入る前提として建築審査会の委員や事務局などについて概観しておこう。

(1) 委員 委員は79条により，5人又は7人で，知事又は市町村長が法律，経済，建築，都市計画，公衆衛生又は行政に関しすぐれた経験と知識を有し，公共の福祉に関し公正な判断をすることができる者の中から任命することとなっている。知事又は長の意思だけで決定することができ議会の関与は政治的色



彩を排除するため除かれた。知事又は長の委員任命は行政庁側の裁量権により行われる事となるが、審査会に民衆・住民の意見反映の機能を期待する立場からは問題とされる（会長は法81条1項により委員の互選による）。このことは、第三者の事務局をもたないこととあいまって屢々、建築審査会は処分庁と同じ穴のムジナと批判されることになる。委員の任命については、旧行政側の部長、局長が「行政」の委員としてメンバーになることもあり、公正な審理を保証するためには過去の上下の影響力が陰に陽に及ぶことを恐れる意見もあり、また、議会の建設常任委員会の委員長がメンバーになる場合がある。地方の実情をつぶさに知っている点では審査に有用であるが、特定の住民からの影響・圧力を注意すべきであろう。法79条2項は市町村長又は都道府県知事が任命権を有しているので委員の任命はこれらのものの裁量にゆだねられていると言える。立法的には行政側だけで選ばれるのではなく専門家への諮問制度の採用などが考えられよう。

(2) 事務局 審査会は審査請求については準司法機関、しかも処分庁の単なる上級庁でなく公正な第三者機関として捉えられている(審査法40条5項)が、独立の事務局を持たず（東京都の場合は昭和35年7月2日から建築審査会係が設けられ係長と係員3乃至4名の係員がおかれていたが60年4月1日に廃止されている。その他の自治体で独立の審査会係が設けられている所はないであろう。なお、独立の事務局を設けることは不経済だとする見方もある。）、審査に当たっての資料も担当係から与えられる資料によるのが実態で、独自の職権資料収集は殆ど行われていない。否な、むしろ期待できないと言った方がよいかも知れない。その意味では法は審査会に大なる期待をしていないようにも思える。

(3) 審査請求書の受理 審査請求書は、建築審査会の特別な事務局を持たないから通常、建築行政担当事務局に提出される。そこで先ず形式的要件が具備されているか否かの検討に入らねばならないが、比較的審査会が開かれる東京都の場合でも月に1回が平均であり、要件審理のみの審査会を開くことはまずなされない。したがって審査会が開かれた直後審査請求が提出されると、その要件審理のためだけに少なくとも1カ月過ぎてしまう訳である。それから補正

命令を発するとなると一カ月どこの話でなくなる。そこで、自治体のなかには正規の審査会を開かず、内部的に行政側が要件審理を行い、補正命令が必要ときには、会長などと打ち合わせを行い—これだけのために審査会を開くことは経済的時間的に無駄であることは確かである—その承諾を得て補正命令を発し、時間の短縮をして正規の審査会開催までに受理段階に漕ぎ着ける方法をとっている所もあるようである。この方法は現状ではやむを得ない所もあるが、かかる方法が明文規定もなく行われていることは問題であるから、審査会条例で明文化すべきものである。多くの審査会条例では事務的なことを事務局に委任することを定めているが、これは単純な機械的事務の委任規定であって、要件審理や補正命令を発するか否かの判断権までも委任しているとは解されないからである。

(4) 参与機関—同意権 用途地域における例外許可や総合設計の許可の場合の同意権限は参与機関としての性格を与えられていると言える。都市計画法上の開発審査会は同法34条10号許可の場合にその「議を経る」事とされているのに対比される。

48条の例外許可の場合の同意判断に先立ち関係人の公聴会が前提とされ、その公聴会記録が審査会の判断資料として提出されることになっているが、実務上自治体によりその関係人の範囲がマチマチであることも一考しなければならないであろうか。また公聴会の手続きに違法があれば審査会はそのやり直しを求めることができるであろうし、また、審査請求でそれを理由に許可等を取消す事ができることになろうが、同意案件のときに提出される公聴会記録の内容は行政庁側のみによる記録であるがそれでよいのであろうか。最近情報公開制度に対抗して行政側は過度の防衛策として記録内容を結論の大綱に止め、核心的な微妙な問題点の論議内容をボカス可能性もある。そこで公開議事録の場合には出席代表者による検認制度なども考慮するべきであろうか。現在同意案件とされているもので公聴会を義務づけているものといないものとの区別が合理的になされているか否かも問題で、例えば総合設計のような特定街区と実質的に異ならない場合に公聴会が不要となって居る事は、都心において多数の総合設計が申請され、場合によっては特定街区より緩和率が多く都市形成に大き

な影響を与えている現在、問題となろう。

同意の形式についてはなんら法定されていないが、同意に条件がつけられるかいないかが問題とされる。厳密な意味での条件でなく、審査会としての要望、付帯条件のようなものはいわば審査会の行政指導として理解し、否定すべきものでないと思うが、特定行政庁にどのような形式でこれが伝えられ、特定行政庁がどのように取り扱ったか、また特定行政庁がこれを受け入れた場合、申請人にどのように伝えられたかは後に審査会に知らさるべきである。

(5) 準司法権——裁決権

審査会が第三者機関とは言え、機関委任事務であることから建設大臣の指揮監督の下にあると言う考え方が争訟の判断権についても及んでいるのであろうか。機関委任事務における第三者機関の性格がより検討されなければならないであろう（法7条の建設大臣の指揮監督権の規定には、建築審査会はその対象に含まれていない）。

建築審査会の審査請求における審査は第三者機関による、必要的口頭審理による正式の争訟だから司法的判断と言われながらも、建設大臣の再審査請求による裁決により踏みにじられる可能性を法的に容認しているのである。即ち行政的最終判断により屈服させられることになる。

なお自治法上の付属機関との関係につき触れておく。一般的に付属機関は諮問機関であって対外的表示権をもたないと言われている。この考え方によればこの建築審査会は不服審査につき審査会の名において裁決をする訳であるからその意味では付属機関ではないということになる。建築審査会が自治法別表上の付属機関とすれば、それは同意権限と建議権のみについて当てはまることとなる。しかし、自治法上の自治紛争調停委員会も付属機関と言われながら調停についての判断表示権を与えられているから、付属機関であっても法律が明文で認めればその限度で表示権を行使し得ると言える。同じ理由から自治体の自治事務につき付属機関に調停・仲裁の判断表示権限を条例で与えることができると思われるが、一般的に建築紛争調停委員会は直接住民に対し調停案を提示できず、調停委員会が作成したものを長が表示することとしているようである。第三者機関が行う紛争解決の司法的作用は純然たる行政の長が表示を行う

よりは第三者機関が行った方が妥当という考え方に基づくものであろう。

(6) 諮問機関——建議

開発審査会と異なり明文上建議権を与えられている事も建築審査会の特色であるがこの差は何を意味するのか。都市計画法の開発許可については建築基準法と異なり条例の制定権は一切認められていないところからも伺えるように、法は都市計画法の開発許可行政は国の事務と解している。これに対し建築行政は住民に密接な行政であることに鑑み自治性を容認する必要があることから開発審査会には認めない建議を建築審査会に認めたのであろう。

(7) 行政委員会か

一般的に 1. 職権行使につき独立性が保証され、2. 所掌事務が特殊なものであり、3. 合議体で 4. 委員の身分が保障されているような機関を行政委員会と呼んでいるが、この意味では建築審査会は行政委員会に属するかもしれないが、組織的には地方自治法上の公安委員会のような執行機関とは異なり、付属機関であるが、同意権限は独立に行われ、まして審査請求における裁決は準司法的に且つ自己の名で行われ、むしろ自治法 180 条の 5 が定める執行機関的色彩を帯びたものと言えよう。しかし審査会の裁決は建設大臣により覆されることもあるので、一概に行政委員会と断定もできない。

このようなことを総合すると建築審査会は行政の民主化の補完のためのものというよりは専門的知識による行政の補充が主目的と考えられるのである。従って、処分庁の有するすべての情報資料を十分に審査会に提供できるようにすること、また構成委員が専門家とは言え問題によっては構成委員では十分に判断できない領域の問題もあるのであるから、それらの事項についてはより専門知識をもった者の活用を容易にする方法を与えることが必要である。

法82条は同意案件と審査請求事件とを区別せず議事その他審査会に関し必要な事項を条例にゆだねている。細かに細分すれば、同意案件の審査会、審査請求における要件審理、口頭審理および裁決評議の審査会に分けられ、其のほか建議の審査会が存することとなる。それぞれの特殊性により手続きは異なり得る（例えば公開制について審査請求の口頭審理は公開を義務づけているが、同意案件については明文規定がない）。

(8) 訴訟法上の問題 審査請求上の問題でもあるが、建築完了後は当該建築確認の取り消しを求める訴えの利益なしとする問題を取り上げる。審査前置主義がとられている為訴訟提起までに時間がかかる事と、その廃止が妥当と考えることについては先に述べた。

建築が完了後は訴えの利益無しとするならば争訟手続きの迅速性が必要とされるのは言うまでもない。本人の帰責原因に基づく場合はともかく（審査請求においても最近弁護士を代理人にすることが多くなりそのため期日の設定に時間が掛かる場合もある）、審査会の審議手続きが種々の理由から法定期日より遅滞するのがむしろ通常である。審査会委員は非常勤で度々会議を持ってない。委員への手当にも限界があるようである。また、処分庁が意図的にあるいは過失により弁明書を遅らせて時間を稼ぐ事も可能である。このことは請求人にとって立証困難である。審査会は職権により弁明書の提出を促し、場合によってはその遅滞を理由に処分庁を敗北させることもできようが、これはかかる場合に対する明文の規定も存しないのでなかなか困難であることは既に述べた。またかかる遅滞に対する制裁措置も規定されていない。訴訟の場合は更に上告までするととなると一般的にどのような建築物も完成してしまうであろう。これでは建築争訟を提起する者にとっては初めから救済のゴールなき道は無駄足させるに等しい。これは実質的には裁判を受ける権利を奪っていると言っても過言ではない。このような不合理な結果を招くことを避ける一つの方法としてこの執行停止の適切な行使を認めることが考えられる。建築基準法内に執行停止の特別法を定めるか、現行法を緩和して解釈運営するかである。

執行停止については行政不服審査法は審査庁が処分庁の上級行政庁である場合とそうでない場合とで扱いを異にしており、建築審査会のような上級行政庁でない審査庁の場合には審査請求人の申し立てのあるときのみ、かつ処分庁の意見を聴取したうえで執行停止の決定をすることになっており、また、積極要件を満たすときには行政事件訴訟法が執行停止を「することができる」と定めるのとは異なり、「執行停止をしなければならない」と羈束的表現で定められている。また消極要件が存するとき訴訟法の場合は「することができない」のに対し、審査法は「この限りでない」とややゆるやかな表現を取っていると言

えよう。審査請求の段階での執行停止の実情を東京都の例を取って見ると昭和37年から平成3年までに申し立てられた件数は26件、容認された件数は1件で、却下された理由は本案たる審査請求について理由がないというのが最も多く、その他期間徒過、審査請求の利益なしとするもの等である。容認された事例は極めて少ない。むしろほとんど無いと言ってよい。そこで現行法を緩和して解釈するかあるいは建築基準法内に特別緩和規定をおくかの方法が考えられる。

建築完了による訴えの利益否定の理由に確認の取り消しが完了建築物の除却に直ちに連がらないことが挙げられ、その根拠として除却命令は裁量行為だからということが述べられる。除却命令が裁量性を有すると言ってもその幅の問題があると思う。一つの例を挙げよう。1種住宅専用地域に無確認建築行為が始まり近隣のものの通知により工事中止がなされたがその後住宅店舗兼用の確認申請が提出された。その計画は適法なものであったので適合通知がなされた。しかしその後確認内容とは異なる住宅なしの倉庫の建築物が建築されつつあるのを特定行政庁は知り工事停止命令を発した。建築主は工事取りやめ届けを出したので建築主事は適合通知の取り消しを行った。ところが建築主はその後工事を続け完成させ第三者に賃貸し賃借人は自動車修理工場として使用するに至った。特定行政庁は何らの是正措置を取らないので近隣住民が、審査請求書では確認の取り消しを求めて審査請求をして来たのであるが口頭審査における釈明では、結局是正措置を取ることと違反行為に対する告発をすることを求めることが確認された。建築主の悪性、違反行為の程度が重いこと、適合通知の取り消しを行った理由の不明確性、工事取りやめ届けの法的性格等、究明すべき問題が多々あるが、1種住宅専用地域に自動車修理工場の存在を黙認するようなことは到底許されないことは明らかであるが特定行政庁が腰を上げない限り是正の可能性は絶無となる。裁量行為の場合、司法審査の土俵に上げられれば踰越乱用にわたらぬか否かの審査が及び、また裁量収縮理論の適用も考えられるが、この場合現行制度上司法審査に至る道は見いだせないののでこれらの手段に希望を託する可能性も絶無である。いわゆる規制申立権が望まれる分野の一つと思われる。特定行政庁の不作为という行政側の臆病が国民の

民事手段に因ってのみ癒されるような制度は改められなければなるまい。

次に、行政行為には為されることによって行為が完結し有形的、視覚的にその結果が物的形態として残らないものと（運転免許により、それを受けたものは単に適法に運転ができるという効果しか発生しない）、建築確認、公有水面埋め立て免許、電気施設工事の免許などのようにそれに基づき工事が行われ一般的には建築物・工作物等が建設され、物的なものが有形的、視覚的に継続して存在し続けるものがある。したがって当該行政行為が違法であるとなれば本来その建築物等の存在が認められないことになるのであるが、現在の行政事件訴訟法は行政行為と一体的に解される物的有形物の排除そのものを求める訴訟方法はなく、その前提となる意思的行為のみを訴訟の対象として認めかかる物を除く方法は法定されていないから、除却命令を出さなければその存在を無くすることができないこととなる。そこに、建築完了すれば訴えの利益無し of の考えが出てくるので、建築確認という行政行為の結果として一体的に存在する物理的存在をも除く訴訟方法が無名抗告訴訟あるいは抗告訴訟の変形として基準法上特別に考慮すべきものと思われる。

(9) 損失補償規定の特色（10・11条） 建築規制は国民にとって財産権の一つである土地の利用規制であるから損失補償の重要な分野である。用途地域制度や私道の道路位置指定など理論的に問題となるものがあるほか、明文で損失補償を定めているものがある。法10条と11条がそれである。法10条は既存不適格物で新法の適用を受けない事となっている建築物でも、①その存在が著しく保安上危険であったり、②衛生上有害と認められたり、③あるいは公益上支障があるというときには、既得の地位の保護の特例を奪うことができることとしている訳であるが、10条の場合には損失補償の規定がなく、11条には通常生ずべき損失補償をしなければならないこととなっている。両者の相違点は10条の場合は①、②の場合であり、11条の場合は③の場合であり、また10条の場合は単体規定に関する場合であり、11条の場合は集団規定に関するものである。したがって10条は警察制限であり、11条は一定の地域に関するものだから公用負担と言う考え方によるものであろう。このように補償の必要な場合とそうでない場合を共に明確に規定する立法例もあまり例がないと思われる。

(10) 国家賠償面での特色 設計が建築士による場合、主事の確認を省略させることを規則で定めたときはその点については趣意の確認と同等の効力を与えていることによる賠償の問題が生じている。確認事務の民間委託の問題もあるので検討課題の一つであろう。

## 結びに代えて

冒頭に述べたように本稿は建築基準法の行政法上の特色を概観してみたのであるが、よりまちづくりの手段としての本法の役割が根本的に問われている。本年3月4日の日経新聞によれば建設省は建築規制が及んでいない都市計画区域外地域に条例による規制を認め、景観、環境にも自治体の建築行政権限を認める方向の改正・施行を図っていると伝えている。現行の建築基準法の建築確認の枠内で行うことは困難なので現代の輻輳した諸環境問題が織り成す都市環境の、並びに高齢化社会、身体障害者のノーマライゼーションの時代に適合した180度の認識を転換した建築基準法の解釈並びに改正が必要である。リゾートマンションの色彩などの制限を条例で規定しても、建築確認の審査対象事項が確認申請書に基づいてなされるという伝統的な考え方によれば、色彩などは記載事項でないから審査からはずれるし、景観上からの高さ制限も確認の趣旨からは容易には対象とするには問題があろう。総合設計に身体障害者高齢者用の施設を設ける代償として容積等の緩和をすることも本来の趣旨からは考えられなかったものであり、また、文化財的建築物を付加した建築物にも総合設計制度を用いることも本来の総合設計の趣旨から離れたものと言える。しかし総合設計に住宅政策を取り入れた市街地住宅総合設計などもオープンスペースや道路の提供などとは異なる性質のものと言える。このように建築基準法は個体としての建築物そのものの対象から広く都市環境、社会生活における存在物として、大きく変貌していることから抜本的な再検討を迫られていると言える。